

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL MARCO DEL DEBIDO PROCESO EN LA
RESPONSABILIDAD MÉDICA¹

Jhonatan Felipe Zamora Murillo

Manuel Felipe Murillo Muñoz

Universidad Libre Seccional Pereira

2019

¹ Artículo de reflexión presentado en el marco del Programa de Especialización “Responsabilidad Médica”, de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Pereira, 2019.

Resumen

Para dar apertura a este tema, es indispensable conocer y determinar los elementos que configuran la responsabilidad médica, para lo cual, debemos analizar de manera breve los factores que podrían llegar a ocasionar la misma a causa y razón de lo variable que ha sido la jurisprudencia al momento de dirimir y dar aplicación a un debido proceso tanto en las líneas del Derecho de lo contencioso administrativo como en la parte civil, es por tanto que se analiza de manera reflexiva en base al principio de equidad la obligación de dar trámite a la teoría de la carga dinámica de la prueba, pues es este el pilar fundamental para aligerar las cargas probatorias en materia de causalidad.

Palabras Clave:

Responsabilidad Médica, Debido Proceso, Carga de la prueba, Carga dinámica de la prueba, jurisprudencia, doctrina, derecho civil, derecho administrativo, justicia.

Abstract

It's relevant and necessary to start talking about this specific topic, find out and analyze the basic elements that conform the medical responsibility. However, it's mandatory emphasize about the main topics that could cause the aperture of the mentioned responsibility. The problem in here lays down to the most recent case laws on the matter (jurisprudence) that tries to find a solution, nevertheless, the former solutions to the problem, structured by the administrative and civil law are more reflexive - empathizing in the principle of equity - demanding the obligation of start process to "common law agency test" which is the fundamental pillar to help out the evidence in the causalistic area.

Keywords:

Medical Responsibility, Due Process, Burden of proof, Dynamic load of the proof,
Jurisprudence, Doctrine, Civil law, Administrative Law, Justice.

Introducción

Es indispensable para dar apertura a este tema, conocer y determinar los elementos que configuran la responsabilidad médica, para lo cual, debemos analizar de manera breve los factores que podrían llegar a ocasionar la misma. En el siguiente texto se trata el tema de las generalidades de la carga probatoria, pasando por un análisis del derecho al debido proceso como un derecho de orden constitucional ante la apreciación de las pruebas y, finalmente con la exposición de algunos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales sobre la carga de la prueba y el debido proceso, sin más preámbulo se da paso al desarrollo de la temática propuesta.

Generalidades de la carga probatoria

En primer lugar, tenemos el daño, que debe ser entendido como aquel menoscabo provocado a una persona como consecuencia de un acto, acontecimiento o acción determinada. Se subdivide en daño material y daño moral correspondiendo en su orden a cuando se afectan los bienes o el patrimonio de una persona, incluyéndose igualmente el concepto de daño físico.

De otro lado, en relación con lo moral, se trata del perjuicio psicológico de difícil cuantificación y valoración económica, sin embargo, ambos casos son indemnizables, y puede considerarse como fuente de obligaciones, según lo estipula el artículo 1494 (Ley N°57, 1887 del Código Civil que lo define como un “hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona”.

Así, tratándose del campo objeto de análisis, es el gravamen que el enfermo o doliente no tiene la obligación de soportar, por ser ajeno a su patología. Ahora bien, en la culpa o falla médica, que es el elemento en donde radica nuestra posición, la cual atiende al perfeccionamiento de una presunta responsabilidad médica según el contexto del caso, puesto que a través de un hecho dañoso, es decir, una conducta ejercida dentro de los parámetros de un deber no objetivo de cuidado, negligencia, impericia e imprudencia por parte de un profesional

de la salud, se puede generar y ocasionar el movimiento del aparato judicial por parte de la víctima, pues de presentarse cualquiera de los parámetros en mención dentro de un acto médico, se está en el derecho, potestad y beneficio de ser resarcido.

No obstante, es de vital importancia valorar y tener en cuenta las circunstancias y limitantes de modo, tiempo y lugar, en las que se encontraba el galeno al momento de llevar a cabo el acto, de tal manera que se pueda comparar con otro profesional puesto en las mismas condiciones y circunstancias externas, ya que, de evidenciarse el mismo error, no podría ser sujeto de responsabilidad alguna. Al respecto Serrano (2012) indica lo siguiente:

“No todo error o equivocación, puede considerarse como culpa del médico, o falla del servicio. Si bien es cierto que al médico por la especial naturaleza de su oficio, en el cual se involucra la vida humana, debe exigírsele una especial prudencia y diligencia, no es menos cierto que si en el proceso aparece probado que un médico especialmente prudente y diligente habría podido incurrir en el mismo error, es claro que no puede endilgársele culpa, en la medida en que aquí la culpa solo puede deducirse cuando, comparando el comportamiento del responsable con el que en abstracto habría tenido una persona diligente la conducta del primero pueda ser susceptible de un juicio reproche”. (p. 116)

Por otro lado, se tiene el nexo causal, entendido como el vínculo o relación latente entre una causa y su efecto, entre un acto generador de daño y una conducta típica sancionable, generándose de tal manera una responsabilidad, pues de no existir dicha relación, no se es posible endilgar obligación de reparar al presunto actor generador del hecho. Es decir, la causa

debe ser previsible para de igual manera, ser evitable so pena de generar la correspondiente responsabilidad.

No obstante, una vez desarrollados los conceptos descritos anteriormente, es pertinente partir de la presunta evidencia sobre cómo los conceptos de carga estática y dinámica de la prueba judicial, conducen en algunas oportunidades a errores de derecho emitidos por parte del juzgador en su respectiva ratio decidendi. Puesto que existen jueces de la república quienes confunden estos términos y es allí donde radica el hoy objeto de discusión del artículo en relación, viéndolo desde la perspectiva de la responsabilidad médica y partiendo de la posibilidad si se vulnera o no el debido proceso, preceptuado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia (1991).

Ahora bien, en ese sentido, es oportuno indicar que la teoría de la carga dinámica de la prueba corresponde al derecho probatorio, cuyo fin es demostrar fácticamente las hipótesis previstas en la normativa sustancial, en las que se ha de fomentar la decisión, conllevando lo manifestado al deber de obligación de suministrar los elementos materiales probatorios, respecto a los elementos fácticos en relación de su privilegiada posición y afinidad con los mismos. Así mismo, fue implementada en el Consejo de Estado hacia el año 1990, con el fin de resolver situaciones jurídicas, tanto en el campo contencioso administrativo como en el área de la actividad médica, esto, ya que se evidenciaba en gran medida el escollo e inconveniente para la parte demandante (víctima) al momento de probar sus supuestos de hecho contenidos en la demanda, correspondientes con la falla que se puede presentar en el servicio médico de tipo estatal.

De igual forma, salta a la vista que para la parte accionante se hace complejo demostrar hechos de carácter científico, puesto que no cuenta con la pericia y el amplio estudio académico

que si tiene el galeno demandado. Es por esto que, en su primera etapa, es decir, empezando la década de los años 90, la introducción de la carga dinámica probatoria, fue implementada en primera medida como inversión de la prueba judicial, que se tornó estática, es decir, que se observaba como una presunción de derecho, la falla en el servicio, considerándose que el profesional que ejecuto el acto médico estaba en mejor capacidad de probar los hechos contenidos en su contestación de demanda.

Luego, en el año 2006, se dejó de implementar en el área administrativa lo relacionado anteriormente y se empezó a dar aplicación a la culpa probada, lo que implica que la parte demandante debe comprobar los supuestos de hecho contenidos dentro de la acción jurídica que pretenda iniciar, cosa distinta en actualmente en el campo del derecho de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, como se expondrá más adelante.

En consecuencia, es por esto que, en el área civil, en cuanto al conjunto de normas referentes a la culpa presunta, la responsabilidad continua fundamentalmente centrándose en la culpa, sin embargo, se presume en contra del demandado. Aun así, el demandante está eximido de probar la culpa, no obstante, sí deberá probar el daño o perjuicio y así mismo, el nexo causal (Causa y Efecto). De esta manera se da la inversión de las cargas probatorias a favor del actor.

En consonancia con lo anterior, en el campo de la responsabilidad médica, damos por acertado el hecho que, el juzgador emplee el régimen de culpa presunta, pues de ser por el régimen de culpa probada, se vulnerarían derechos fundamentales tales como igualdad y debido proceso, pues no basta con únicamente trasladarle al demandado toda la carga de la prueba (Carga Estática).

Seguidamente, debemos identificar en las distintas áreas de la medicina que no toda acción o conducta desarrollada y ejercida por los profesionales dedicados a la materia son

reprochables ante la ley, pues se destaca en esta rama, la existencia de obligaciones para los mismos, correspondientes a si son del tipo de obligaciones de medio o de resultado; siendo así, que, de esta tipología de las obligaciones, depende la carga de la prueba y su dinamismo dentro del proceso judicial.

Así las cosas, la parte demandada únicamente se podrá exonerar de responsabilidad en una obligación de resultado, logrando probar por distintos medios probatorios que la causa extraña que generó el hecho dañino, ha sido a raíz de una culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, fuerza mayor invencible o caso fortuito, considerados por la jurisprudencia como eximentes de responsabilidad.

Dentro de las pretensiones del presente análisis, se tiene generar mayor conocimiento colectivo en los profesionales del Derecho, logrando mayor claridad al momento de interpretar y emplear ambos conceptos, que si bien son cercanos, no hacen alusión técnica a lo mismo y pueden en muchas oportunidades conllevar a errores de derecho, que, ante una inminente sentencia, llegarían a ser contrarios a nuestros objetivos por pasarse en alto.

Por esto, como otro importante objetivo, es de vital importancia fomentar el análisis e investigación sobre el tema. Para este punto es determinante e indispensable analizar que a partir del criterio del juez conocedor, y dependiendo de los diferentes tipos de variables, inste a las partes procesales a cumplir probatoriamente con supuestos de hecho, los cuales estén al alcance y en la capacidad de comprobar según su rol dentro del caso. Con ello se ejercería una buena dinámica entre las cargas y evitando una posible sentencia inhibitoria por carencia de elementos materiales probatorios, consiguiendo con ello la vulneración de valores como la verdad y la justicia y porque no, la violación al principio del debido proceso.

Es así mismo, que unas confusiones en los conceptos aquí en desarrollo, podrían llevar a configurar un delito conocido como prevaricato, pues este tipo penal se origina al emitir concepto o fallo contrario a la ley por el desconocimiento o ignorancia de la misma, pues el funcionario al contemplar de manera errada el concepto de carga estática de la prueba, carga dinámica de la prueba, régimen de culpa presunta, régimen de culpa probada, responsabilidad objetiva, o la obligación y deber de aportar pruebas, la eficaz forma de administración de justicia, el desconocimiento de derechos, tratándose de responsabilidad médica o cuando se actúa lesivamente contra el derecho a la igualdad, no solo se perjudica el mencionado funcionario, sino que pone en verdadero peligro todo el aparato judicial, dejando sin garantías manifiestas al derecho fundamental al debido proceso administrativo.

Aún más, el derecho fundamental al debido proceso, debe ser entendido como un fin en sí mismo dentro de nuestro sistema judicial. Es de manifestar que este delito se divide en dos tipos penales los cuales se configuran por acción y omisión del operador judicial. Dentro del marco normativo en el cual se funda principalmente el presente artículo, se encuentran los fundamentos constitucionales de igualdad procesal (art. 13) que preceptúa el equilibrio procesal de las partes, la solidaridad social (art. 1), el derecho al acceso efectivo a la justicia (art. 229), prevalencia del derecho sustancial (art. 228), y derecho fundamental al debido proceso (art. 29).

Pronunciamientos jurisprudenciales sobre la carga de la prueba y el debido proceso

También es de tener en cuenta como precedente Judicial lo expuesto por el Consejo de Estado como un arreglo para los casos en que el aclarar los hechos, necesita del conocimiento de requisitos técnicos o científicos específicos, que tan solo una de las partes implicada en el proceso, tenía la capacidad de dominar. De acuerdo con la Sentencia 11878 (2000), Alíer Eduardo Hernández Enríquez:

“La distinción funcional de los institutos de ‘la carga de la prueba’ y del ‘deber-obligación de aportar pruebas’ permite comprender la razón de ser de cada uno de ellos en el proceso, evitando confusiones innecesarias; y, sobre todo, cumpliendo el objetivo deseado de imponer deberes probatorios a la parte que está en mejores posibilidades materiales de hacerlo, sin afectar en lo más mínimo el principio de legalidad al que sirve la regla inamovible de la carga de la prueba”.

Ahora bien, la regla de decisión o de juicio que permite el juzgador que se resuelva la controversia favorablemente hacia quien no está bajo su sometimiento en las circunstancias dentro del proceso, hace que subsistan elementos fácticos no probados y describe la carga dinámica de la prueba como: la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, utilizadas en las instancias judiciales, en situaciones concretas, en las cuales no operan adecuadamente, las previsiones legales que normalmente equilibran las cargas procesales y sus esfuerzos por demostrar la verdad procesal.

Igualmente, la misma implica un movimiento del onus probandi, según las posibilidades de cada caso en particular, en cuyo merecimiento, este puede recaer, por ejemplo, en cabeza de quienes presentan más condiciones y garantías técnicas, de tipo profesional o de hecho, para provocarlas más allá del papel como demandante o accionado y tratándose de hechos impeditivos, extintivos, constitutivos o modificatorios.

Según Pérez (2001) en su artículo científico: La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad medica-decaimiento de su aplicabilidad” brinda el siguiente concepto correspondiente a:

“Una definición precisa acerca de la carga dinámica de la prueba, consiste en que ésta es “una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla”. (p.207)

Ahora bien, para Van de Venter (2012) dependiendo de las particularidades de los acontecimientos, se podrá atribuir la carga probatoria de los hechos que alega, de manera diferente a aquella parte que este en mejores condiciones de acreditar la ocurrencia o no de determinado hecho, figura jurídica conocida como carga dinámica de la prueba.

Igualmente, Gómez Pomar (2001) establece que en el área de estudios de la carga de la prueba y su responsabilidad objetiva que las decisiones de los jueces y tribunales necesitan la apreciación y valoración de hechos que no están a su alcance, sino al de las partes en el proceso o a la de terceros. Cuando se habla de la carga de la prueba, se está haciendo alusión a dos cosas distintas desde un punto de vista teórico: para poder tomar una decisión fundada. El juzgador ha de adjudicarse un grado cierto de convicción sobre el la existencia de aquella circunstancia, pero para ello, es menester que alguna parte le brinde los elementos probatorios que le den su alcance efectivo. Las normas sobre la carga dinámica de la prueba, son pues, de una parte, determinar el umbral de certeza que necesita el juez para satisfacer sus pretensiones y, de otro lado, la concesión de cuál de las partes han de aportar las pruebas para lograr dicho umbral, so pena de que se reciba una sentencia adversa que se pronuncie de fondo sobre el asunto, si no lo hace.

Como vemos, se ha escrito en demasía sobre el tema, se han tocado diversos apartes sobre lo concerniente a la carga dinámica de la prueba, pero no se hace un estudio minucioso sobre qué ocurre particularmente con la responsabilidad médica y mucho menos, sobre los errores de derecho que se cometen con regularidad, por la variación normativa constante en

materia de responsabilidad objetiva y subjetiva, quedando incluso inmersa la seguridad jurídica en los mares de la mala aplicación del derecho sustancial, ya que no hay una certeza o confianza absoluta sobre los fundamentos jurisprudenciales sobre los cuales se basaran las sentencias a futuro.

Es por esto, que ampliamos la necesidad de fomentar la pedagogía sobre el particular tema en todos los actores del sistema judicial colombiano, para lograr una verdadera unificación de criterios en cuanto a responsabilidad medica se trata, cimentando estos criterios de unificación principalmente en la carga dinámica probatoria, pues, es a todas luces, la mejor manera de garantizar una contienda judicial justa, que propenda por blindar el debido proceso y que excluya del campo de las posibilidades los delitos en los cuales pueda incurrir el operador judicial por fallar contrario a derecho.

De igual manera, conforme a lo manifestado en el presente escrito, es más que idóneo traer a colación lo pronunciado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia por medio de la Sentencia SC2506 (2016). Según la Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco, se realizó un estudio académico a la línea jurisprudencial existente al respecto sobre la responsabilidad médica civil extracontractual, en el curso de casación, en donde se establece que, en el tipo de procesos médicos, ha sido recurrente las falencias a las que se tienen que someter el individuo victimario de la acción u omisión, por parte de los profesionales de la rama de la salud, cuando pretenden acreditar sus pretensiones dentro del contenido de la demanda.

De ahí, que se tuvo en cuenta algunas tendencias aplicadas internacionalmente con base en la carga probatoria, y es que se le da una interpretación en un sentido dinámico donde, como se ha venido insistiendo, la parte que este en superiores condiciones de llevar al proceso la demostración verás de los hechos, sea la que deba en primer término atender a las

particularidades y al contexto en el que se desenvuelve el caso, para así, aportar lo solicitado, dando fe y con certeza absoluta de lo que se pretende hacer valorar por el juez como prueba, de tal manera, brindar agilidad y celeridad procesal, por esto, el juez de conocimiento del proceso deberá adecuar minuciosamente y configurar los títulos de imputación a los hechos.

Por tal razón, es que el Tribunal resaltó la obligación de cuidado al hacer el diligenciamiento de la historia clínica de la totalidad de los pacientes, pues en el acto médico y la responsabilidad que eso conlleva es la prueba indiciaria y fundamental para lograr determinar una presunta responsabilidad médica, pues la misma de contener abreviaciones a través de siglas, tachones, enmendaduras y no ser legible en lo correspondiente a los diagnósticos, medicamentos suministrados, exámenes y las reacciones a los mismos, puede conllevar a un indicio en contra del centro de salud y el galeno demandados, pues tal error, se puede inferir como un indicio en su contra, so pena de resarcir los perjuicios sujetos de demanda civil o administrativa según los hechos del caso.

El debido proceso como derecho constitucional ante la apreciación probatoria

Ahora bien, el debido proceso es un principio del ordenamiento jurídico, en el cual se destaca que en materia de pruebas, en Colombia son considerados medios probatorios, todas aquellas que pueden ser útiles o necesarios para que el juez llegue al convencimiento pleno de los sucesos que ocasionan el litigio. Ahora bien, son requisitos de admisibilidad de estas, que la prueba sea conducente y pertinente para probar un supuesto de hecho dentro del proceso, pudiendo incurrir de no probar nada con maniobras dilatorias, sancionadas por la ley procesal, por lo que el investigado tiene la posibilidad y del resorte de solicitar la práctica de pruebas, siempre que sea dentro del término legal estipulado y las mismas cumplan con los requisitos ya mencionados anteriormente, imposición del principio de responsabilidad del acto probatorio.

De acuerdo al Código General del Proceso (2012) en su artículo 164, se establece la necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho. Por otro lado, en su artículo 167, se asume que, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. La carga probatoria radica en el investigado (Historia Clínica), sin ello constituir una verdad absoluta, pues es allí que se le puede dar aplicación al dinamismo de la prueba. Ahora bien, precisamente el fin de la prueba es verificar los hechos materia de discusión, para así demostrar o desvirtuar su acontecimiento de forma que el juez, o el juzgador, pueda tomar la decisión más ajustada al derecho sustancial y a los principios del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, según las condiciones del caso el juez puede oficiosamente o a petición de parte, equiparar la carga al decretar la práctica de pruebas, o en todo instante del proceso antes de emitir fallo, reclamando probar cierto hecho, a la parte procesal que se halle en una posición más privilegiada para aportar las evidencias o esclarecer los hechos motivo de controversia. La cercanía con el material probatorio, el tener en su poder el objeto de prueba, las circunstancias técnicas especiales, el haber intervenido en los hechos que produjeron el litigio, o el advenimiento del estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares han de tenerse en consideración dentro del proceso.

Así mismo, en términos procesales, esta decisión es susceptible del recurso de reposición y de apelación, y se otorga a la parte que corresponda el término menester para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual será sometida frente al principio de

contradicción contemplados en el ordenamiento. De igual forma, los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requerirán ser probadas en juicio.

Es por tanto que en este punto, la Historia Clínica se torna como una de las mayores pruebas dentro del proceso, pues es allí donde queda registrada la totalidad de la relación médico – paciente, cuya finalidad es contener dentro de la misma lo referente a la asistencia recibida por el paciente durante la etapa de su nacimiento hasta su día de fallecimiento (antecedentes, reacciones al tratamiento, diagnósticos, exámenes y sus interpretaciones, medicamentos suministrados, etc.). Es de recordar que este documento es único y puede ser utilizado por cualquier centro hospitalario donde el paciente acuda.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia sustenta en reiterada jurisprudencia, que la Historia Clínica está sujeta a reserva legal y no debe sufrir de tachones, correcciones, abreviaciones, es decir, que esta debe ser legible y coherente al momento de consignar algo dentro de este documento, por parte de quien esté a cargo del deber profesional respecto del cuidado del doliente, de igual manera la Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco en la Sentencia SC2506 (2016), indica que cuando se presentan deficiencias o inexactitudes en la información registrada en la historia clínica, se tomará como indicio para llevar al juzgador al convencimiento de la existencia de la responsabilidad y la obligación de resarcir perjuicios reclamados.

Por otra parte, es de tener en cuenta que el tema objeto de los hechos, ha sido analizado desde diferentes épocas de la historia en el Derecho procesal, por lo tanto, no se puede tan siquiera precisar que la carga estática y dinámica no obedece al moderno Derecho Probatorio, por lo cual es de relevancia traer a conocimiento de los lectores, conceptos de autores reconocidos tales como:

Rosemberg (2017), quien manifiesta que no hay influencia en la carga de la prueba ni mucho menos sobre el principio de la buena fe, ni el grado de dificultad o de ser imposible el allegar la prueba al proceso, el autor señala de manera posterior, que nunca, la dificultad e inclusive la imposibilidad de suministrar la prueba, puede modificar la responsabilidad del principio de la carga de la prueba.

De otro lado Bentham (1835), ante la imprecisión que existe al respecto referente a quien de las partes procesales debe asumir la obligación de probar indica: que esta cuestión de la obligación de la prueba debe en cada caso particular endilgarse a aquella parte que pueda practicarla. De tal modo, la principal utilidad de la carga de la prueba, adquiere alta importancia y relevancia en la circunstancia procesal donde el juez entra a fallar, puesto que, es el momento procesal cuando se puede lograr evidenciar alguna carencia de prueba, pronunciándose en sentido desfavorable a la parte que ha debido aportarla de acuerdo con la cercanía con la misma. Por lo tanto, la regla general debe representar sanción a la parte que por falta de cumplimiento y conexidad con la prueba no la allegue al proceso, ya que es allí donde se evidenciaría la mala fe, tratando de desviar y ocultar una causal determinante para fallar conforme a la verdad y a la justicia.

Para dar aplicación a la carga de la prueba, algunos autores como Santos, Ortiz & Ruiz (2016) sostienen el requerimiento de dos requisitos tales como:

- Dificultad o imposibilidad de una de las partes para acreditarlos hechos que fundamentan su pretensión o su defensa. El supuesto de la dificultad al probar hace que la parte sobre la que en primer lugar recae el deber de probar, tiene un impedimento para su producción, ya que no se tiene acceso al medio probatorio o no se puede allegar algo que le dé asidero para invocar el presupuesto fáctico.

- Mejor posición probatoria de la parte contraria en relación con el mismo presupuesto fáctico. Ahora bien, este segundo supuesto implica el que una de las partes tenga una mayor cercanía a la fuente de prueba requerida, para acreditar los hechos invocados por la contraparte, de manera que, aquella se ubique en mejor posición para aportarla al proceso con menos inconvenientes. Es considerado que una de las partes se encuentra en tal posición inmejorable para aportar la prueba, toda vez que atiende a la posibilidad exclusiva de su demostración empírica o por sus propios conocimientos profesionales o técnicos, para dar cuenta de un hecho de manera inequívoca o también por ejemplo por tener un menor costo económico.

Como vemos, y según lo planteado por la doctrina y la jurisprudencia, es de vital importancia tener en consideración la facilidad de las partes para aportar determinado material probatorio, que en el campo de la responsabilidad médica casi que en la totalidad de los casos es el profesional de la salud, o la entidad prestadora de los servicios de salud, la cual se encuentra en mejores condiciones para aportar dichos medios que servirán para dilucidar las controversias que se surtan del acto médico en sentido amplio.

Sin embargo, para una mayor comprensión sobre la propuesta planteada, es vital entender la operatividad del derecho constitucional al debido proceso sobre la actividad probatoria, por lo tanto, hay que entender que en cualquier proceso judicial que se adelanta en Colombia la etapa probatoria busca establecer profundamente en el juzgador un grado de conocimiento tal, que permita inclinarse por las manifestaciones fácticas, pretensiones y excepciones de una de las partes del proceso. Es así, como la aplicación de la teoría clásica sobre la carga de la prueba, la oficiosa principalmente, se ha edificado directamente por el ordenamiento jurídico que expresamente la ha consignado.

Más allá de esta figura, encontramos principalmente por la vía jurisprudencial la aparición de la institución de la inversión de la carga probatoria, que es una figura distinta de la anterior por su influencia directa en el debido proceso principalmente de la parte demandada.

Por su naturaleza distinta, se hace necesaria su diferenciación y el estudio profundo que establezca esa distinción a la luz de la nueva incorporación del Código General del Proceso en cuanto a la carga dinámica probatoria.

Es entonces la prueba del componente fáctico en el marco del debido proceso, el principal reto para responder con justicia en los casos concretos. De manera tradicional se ha entendido que quien manifiesta un hecho determinado debe probarlo, pero con la constante evolución en las problemáticas sociales y la necesidad imperiosa de dirigir de manera inteligente el aporte del acervo probatorio, surgen las nuevas nociones que propenden por la salva guarda del derecho constitucional al debido proceso, siendo en este sentido y como materia de estudio del presente artículo, la teoría de la carga dinámica de la prueba judicial es una de las mejores herramientas jurídicas para tal fin.

Debemos entender entonces que la inversión de la carga de la prueba es una garantía del derecho del demandante puesto que no le corresponde la obligación de probar necesariamente a quien alega el hecho, sino a quien se encuentra en una condición de inferioridad manifiesta en la relación procesal, por lo cual en tratándose de responsabilidad médica la imposición de probar recae sobre la parte demandada. En este sentido, la parte actora contempla más profundamente la justicia porque sus pretensiones resultan cobijadas en la inversión de la carga.

No obstante, es de anotar que el derecho a la prueba no beneficia o pone en desventaja a ninguna de las partes en la relación jurídico-procesal, pues en relación con cada caso, la concepción clásica de la carga probatoria puede perjudicar al demandante por enfrentarse con la

conformación de una prueba que apoye el componente factico que aduce, y por otro lado, bajo el enfoque de la inversión de la carga probatoria, puede sorprender y perjudicar al demandado pues implica un deber que conforme a la normativa aplicable y a la normatividad vigente no le correspondía.

Así las cosas, resulta oportuno señalar un aspecto particular que se aplica en materia de responsabilidad extracontractual por falla en el servicio médico sanitario en los términos del Consejo de Estado, el cual enunció el principio probatorio de la carga dinámica de la prueba, pero nunca lo aplico conforme a sus contenidos esenciales. Lo que hizo el Consejo de Estado en el tiempo comprendido entre 1990 y el año 2006, fue invertir la carga de la prueba bajo la teoría de la falla presunta, en ocasiones con base al principio de equidad y aplicar los indicios para atenuar su prueba y la del nexo de causalidad a partir de la probabilidad, nunca distribuir la carga de la prueba. (Serrano, 2012).

Ahora bien, la inversión de la carga probatoria siendo una institución de carácter y desarrollo jurisprudencial podría rayar con la inconstitucional bajo los anteriores parámetros, pero cuando se aplica de la mano con el principio de buena fe o de interpretación favorable con el propósito de equiparar las cargas probatorias, se justifica siempre y cuando, exista un principio probatorio que avale su aplicabilidad.

Así mismo, se tiene entonces que la carga estática y la carga dinámica de la prueba describen dos realidades jurídicas diferentes y son conceptos que se deben valorar de forma aislada, ya que deben ser tomadas como instituciones independientes aunque tengan semejanza en la lógica de asignar la carga a la parte que pueda probar más fácilmente un hecho o para proteger a quien se encuentre en un estado de debilidad en la relación procesal, porque la carga

dinámica otorga el momento para asignar la obligación de probar en un momento previo a la sentencia.

En este punto, cabe resaltar la evolución en algunos casos apartada de los criterios establecidos por el Consejo de Estado y por la Corte Suprema de Justicia, pues han venido desarrollando jurisprudencia con criterios en algunos casos, sustancialmente diferentes, complejizando de manera expresa el actuar de la administración de justicia, generando una incertidumbre jurídica en materia de responsabilidad médica, principalmente en el aspecto probatorio.

De igual manera, al respecto es importante señalar que en el pasado se ha querido establecer una regla general para la distribución equitativa de la carga de la prueba, unificando los conceptos de algunos autores como Micheli, Carnelutti y Rosenberg. Para tal fin, Devis-Echandia (1984), se puso en la tarea de armonizar las teorías de estos doctrinantes y encontrar la regla más apropiada para aplicar la distribución de cargas probatorias, señalando que:

“...A cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal...”. (p. 212)

En consecuencia, de aquí se puede concluir que cada una de las partes debe soportar el riesgo que supone la falta de prueba, y debe atenerse a una decisión contraria a sus pretensiones. Ahora bien, debemos cuestionarnos entonces sobre los fundamentos que se deben tener en consideración para establecer él porque cambia por conducto jurisprudencial, la asignación a determinada parte de probar un hecho que no ha alegado, por lo que nos remitimos a lo expuesto por Ortells (2013), quien señala los siguientes motivos:

“...Por razones de eficacia del proceso civil, dado que este proceso sería un instrumento inútil si el demandante tuviera la responsabilidad de probar no solo los hechos constitutivos de su pretensión procesal, sino también la inexistencia de todos aquellos hechos que podrían jurídicamente contrarrestar la eficacia de los anteriores. El proceso tiene el riesgo del hecho incierto. Con el criterio anterior se reparte ese riesgo entre las partes de acuerdo con el principio de igualdad de las mismas en el proceso y no se hace cargar con el mismo exclusiva o principalmente al actor...”. (p. 399)

De esta manera, en todo litigio recae sobre los sujetos procesales la obligación de probar, bien sean los hechos constitutivos o los extintivos de las obligaciones, generando de manera perjudicial para la parte que alega un supuesto factico la ausencia de certeza, es entonces cuando opera la imposición a una o a otra parte, de la carga de probar.

Ahora bien, dentro de la mencionada inversión de la carga de la prueba, se puede ubicar una teoría bien interesante e importante para el presente tema de investigación, relacionada con la responsabilidad administrativa y civil, y es desarrollar la culpa o falla presunta, teorías que se encuentran orientadas a eximir a la parte que por regla general debería asumir la obligación de probar un hecho determinado para trasladarlo a la parte contraria, particularmente el demandado.

En materia de responsabilidad, hay una connotación mayor de celeridad con relación a la carga probatoria del demandante, en el sentido de exigirle únicamente la prueba del daño, y eventualmente del nexo, liberando así la carga de probar la culpa, para que sea esta exclusivamente obligación del demandado, demostrando su actuar bajo los presupuestos de la diligencia y el cuidado en el hecho litigioso para exonerarse de responsabilidad.

De otro lado, esta culpa o falla presunta se sustenta, además, en la imperiosa necesidad de dinamizar la carga probatoria, considerándose que era en efecto lo más práctico y coherente en

los procesos médicos, poniendo en cabeza del médico tratante o de determinada institución la prueba de su actuar no negligente, pues son quienes más conocimiento de causa tienen por las circunstancias especiales de ocurrencia en los casos médicos.

Conclusiones

- Se tiene que la aplicación de la carga dinámica de la prueba según el contexto del caso y a su vez soportándose por diversos planteamientos del Consejo de Estado, ha desarrollado facilidad en la actividad judicial, para de tal manera actuar de manera proporcional y brindar igualdad para las partes al momento de probar los supuestos de hecho que dieron origen al movimiento del aparato jurisdiccional, puesto que de tal manera se priorizan principios como verdad y justicia que son los principales pilares para la administración de un debido proceso.
- Se deja en evidencia por parte de la doctrina y extensa jurisprudencia alta preocupación por generar controversias de carácter cognitivo y procedimental en la materia en funcionarios judiciales, de tal manera que se puede originar una sentencia contraria a Derecho e incurrir en el delito de prevaricato.
- Se considera preocupante que la figura de la carga dinámica de la prueba no esté constituida de manera expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, pues esta eventualidad lleva al dogmatismo.
- Se hace necesaria la unificación jurisprudencial de criterios y conceptos vitales en materia procedimental y probatoria, pues la histórica y actual divergencia en el ámbito de la responsabilidad objetiva y subjetiva hace que en Colombia se raye con la transgresión a los principios de seguridad jurídica y debido proceso.

- Se logra determinar que es mayormente por vía doctrinal que se recoge el concepto de carga dinámica de la prueba y se da su aplicación en un porcentaje muy bajo de los casos en tratándose de responsabilidad médica tanto civil como contencioso administrativo.

Bibliografía

- Bentham, J. (1835). *Tratado de las pruebas judiciales*. Madrid: pp. 334.
- Constitución Política de Colombia*. (1991). Bogotá, Leyer. pp 264.
- Devis-Echandia, H. (1984). *Teoría general de la prueba judicial Tomo I*. Bogotá. Universidad Libre.: Victor P. de Zabalía. editor. pp. 770.
- Gómez, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *Revista para el análisis del derecho. Indret*, pp. 17.
- Ley N° 57. Código Civil Colombiano, Bogotá, Colombia. 31 de mayo de 1887.
- Ley N° 1564. Código General del Proceso, Bogotá, Colombia. 12 de julio de 2012.
- Ortells, M. (2013). *La ejecución forzosa civil tres cuestiones sobre qué ejecutar, quién puede o debe hacerlo y cómo*. Santiago de Chile: Revista de Derecho, Año 12. Núm 22. pp. 109-125.
- Pérez, J. (2011). *La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica -decaimiento de su aplicabilidad-*. Revista Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol 68. Núm. 152, pp. 25.
- Rosemberg, L. (2017). *La carga de la prueba*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik. pp. 458.
- Santos, I., Ortiz, E., & Ruiz, R. (2016). *Las cargas probatorias en la responsabilidad civil médica a partir de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Bucaramanga. Vol. 18. Núm. 23: Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB.

Sentencia 11878. Consejo de Estado, sala tercera 10. CP. Alíer Eduardo Hernández Enríquez de febrero de 2000.

Sentencia SC2506-2016. Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil. 2 de marzo de 2016.

Serrano, L. (2012). *El régimen probatorio en la responsabilidad médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley. pp. 338.

Van de Venter, E. (2012). *Cual es la excepción a la carga de la prueba*. Abces jurídico. Universidad CES, pp.3.